

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65400>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

II. Schadevergoeding voor leven?

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann¹

De Kelly-zaak

De geboorte van een kind is niet altijd een bron van vreugde. Een niet beoogde geboorte kan de grond vormen van een vordering tot schadevergoeding. In verschillende landen in en buiten Europa zijn in de afgelopen decennia zogenoemde 'wrongful birth-' en 'wrongful life-acties' ingesteld. Bij een wrongful birth-actie gaat het om een vordering van de ouders (of de moeder). Zij spreken de arts² of het ziekenhuis aan omdat zij door een fout van de arts een 'niet beoogd' kind hebben gekregen. Men spreekt van een wrongful life-vordering indien het ten gevolge van een fout van een arts geboren kind zelf de schadevergoedingsvordering instelt. Beide acties zijn aan de orde in de zogenoemde 'Kelly-zaak' waarover de Hoge Raad zich thans buigt en waarin het Hof 's-Gravenhage in maart 2003 uitspraak deed.³ Kelly is meervoudig ernstig gehandicapt geboren. De ouders betogen dat zij niet zou hebben bestaan, indien de verloskundige een vruchtwaterpunctie of ander onderzoek naar genetische afwijkingen had laten uitvoeren of de moeder had doorverwezen. Had de verloskundige wel juist gehandeld, dan zou al in een vroegtijdig stadium van de zwangerschap zijn ontdekt dat de vrucht beschadigd was. De ouders zouden in dat geval voor abortus hebben gekozen. De ouders vorderen vergoeding van de materiële en immateriële schade die zijzelf hebben geleden. Bij de materiële schade gaat het onder meer om de kosten van opvoeding en verzorging van het kind, de extra kosten van medische en andere behandeling, de met de handicap van het kind samenhangende extra kosten voor de rest van het gezin en de kosten van rechtsbijstand. Ook het kind Kelly, vertegenwoordigd door de ouders, vordert vergoeding van de door haar geleden of te lijden materiële en immateriële schade. Bij de materiële schade van Kelly gaat het vooral om de toekomstige kosten van onderhoud, alsmede van medische en andere behandeling. Mede op grond van deskundigenberichten komt het hof tot de conclusie dat de verloskundige inderdaad een (kunst-)fout heeft gemaakt. Het hof wijst zowel de wrongful birth-claim van de ouders als de wrongful life-claim van Kelly toe. Hierna zal ik vooral ingaan op de (on)mogelijkheid van de wrongful life-actie. Daarbij ga ik er steeds van uit dat de arts een fout heeft gemaakt.

Fout en gevolg

De fout van de verloskundige leidde ertoe dat niet tijdig werd ontdekt dat de vrucht beschadigd was. Indien de beschadiging wel tijdig zou zijn geconstateerd, had de moeder een abortus ondergaan. De fout van de verloskundige was dus niet de oorzaak van de meervoudige handicap van het kind. Deze was het gevolg van een erfelijke afwijking. Door de fout werd aan de moeder de

mogelijkheid van abortus onthouden. Daardoor werd inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht.

Strijd met menselijke waardigheid?

Kan een arts (of een ziekenhuis) aansprakelijk zijn, omdat aan de moeder de mogelijkheid van abortus is onthouden en dientengevolge een kind is geboren? In zijn conclusie voor drie arresten van de Franse Cour de Cassation uit 2001 over wrongful life-zaken betoogt advocaat-generaal Sainte-Rose dat een discussie over de vraag of abortus mogelijk zou zijn geweest, niet meer acceptabel is na de geboorte van het kind. Zijns inziens is een beslissing van de rechter achteraf dat het kind geaborteerd had moeten worden in strijd met de menselijke waardigheid.⁴ De Cour de Cassation is hem, mijns inziens terecht, niet gevolgd. Noch in de Franse zaken, noch in de Kelly-zaak wordt van de rechter gevraagd te beslissen dat het kind geaborteerd had moeten worden. Het standpunt van Kelly's ouders houdt in dat de verloskundige door haar fout inbreuk heeft gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder, op haar recht te kiezen voor abortus. De verloskundige noch de rechter mag dit zelfbeschikkingsrecht negeren. Op grond van rapporten van deskundigen komt de rechter tot het oordeel dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend verloskundige in een geval als het onderhavige de moeder had moeten onderzoeken of haar had moeten doorverwijzen. Door dat niet te doen heeft zij bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst een fout jegens de moeder gemaakt. Het hof acht de verloskundige (en het ziekenhuis) aansprakelijk voor de schade die door haar fout aan de moeder is toegebracht. De kosten van opvoeding en verzorging van het kind tot het 21e jaar kunnen volgens het hof als schade worden aangemerkt. De beslissing van het hof ligt in de lijn van het zogenoemde 'wrongful birth-arrest' van de Hoge Raad uit 1997.⁵ Het betrof in die zaak een vordering van de moeder die door de fout van een arts ongewenst zwanger was geworden. De Hoge Raad achtte de vordering van de moeder tot vergoeding van de kosten van verzorging en opvoeding van het niet beoogde kind

1. Hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage is een bewerking van zijn rede 'Geld voor leven, Schadevergoeding voor 'niet beoogd' leven', rede uitgesproken ter gelegenheid van de tachtigste dies natalis van de Katholieke Universiteit Nijmegen op donderdag 15 mei 2003, opgenomen in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer Kluwer, 2004, p. 5-20, waarin literatuurverwijzingen zijn opgenomen.
2. Ik gebruik de term arts hier in de ruime zin van hulpverlener (vgl. art. 7:446 BW). Onder 'arts' is ook de verloskundige begrepen.
3. Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249.
4. Conclusions de M. Sainte-Rose, <www.courdecassation.fr/agenda/arrets/97-17359conc.htm>.
5. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. CJHB.

toewijsbaar. Hij overweegt dat het gaat 'om vergoeding voor de extra last die als gevolg van de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat. Voormelde gedachtengang kan evenmin worden gezegd in strijd te komen met de waardigheid van het kind als mens of zijn bestaansrecht te ontkennen'.

Fout tegenover kind?

De fout van de verloskundige levert wanprestatie op jegens de moeder. Maar heeft de verloskundige ook een fout begaan tegenover het kind zelf. Houdt haar inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder ook een fout (wanprestatie en/of onrechtmatige daad) ten opzichte van het kind in? Ik ga thans niet in op de vraag of de wrongful life-vordering van het kind op wanprestatie dan wel onrechtmatige daad moet worden gebaseerd. In beide gevallen moet sprake zijn van een schending van een zorgplicht van de verloskundige jegens het kind. De inhoud van deze zorgplicht is in beide gevallen gelijk. Ook indien het ongeboren kind partij is bij de behandelingsovereenkomst, heeft het tegenover de verloskundige niet per definitie dezelfde rechten als de moeder. In casu had de verloskundige tegenover de moeder de verplichting prenatale diagnostiek te verrichten of haar door te verwijzen, zodat zij de juiste gezondheidstoestand van de vrucht zou kennen en desgewenst voor een abortus zou kunnen kiezen. Maar dit betekent niet dat de verloskundige *tegenover het kind* de verplichting had bij de moeder nader prenataal onderzoek te verrichten of haar door te verwijzen, zodat zij desgewenst voor abortus had kunnen kiezen. Het recht op abortus is een zelfbeschikkingsrecht van de moeder. Het feit dat zij dit recht onder omstandigheden mede in het belang van het kind uitoefent, betekent nog niet dat het kind (indirect) een recht op abortus heeft. De beslissing om een abortus te ondergaan neemt de moeder niet namens het kind. Het is (ook rechtens) haar eigen beslissing.

Geen beslissing namens kind

Het Hof 's-Gravenhage oordeelt anders. Het overweegt dat het ongeboren kind 'geen afweging kan maken ter zake van haar al dan niet bestaan ..., maar [dat] die beslissing ... namens haar door de ouders [wordt] genomen, zoals bij abortus steeds het geval zou zijn geweest.' De redenering van het hof is mijns inziens niet houdbaar en leidt tot onaanvaardbare consequenties. Ik leg u een ander geval voor. Een blinde vrouw vermoedt dat zij zwanger is. Zij wenst geen kinderen, omdat zij vindt dat zij door haar handicap een kind niet goed zal kunnen grootbrengen. De vrouw vraagt een arts om een zwangerschapstest en geeft aan een eventuele zwangerschap te willen afbreken. Zij voegt eraan toe dat zij dit vooral in het belang van het kind wil. Door een fout van de arts krijgt de vrouw te horen dat zij niet zwanger is. Zeven maanden later wordt een gezond kind geboren. Houdt de wanprestatie van de arts tegenover de moeder in dat hij ook een fout ten opzichte van het kind heeft

gemaakt? Had de arts tegenover het ongeboren kind de verplichting de test correct uit te voeren zodat zijn moeder de zwangerschap had kunnen afbreken? Zou de beoogde zwangerschapsafbreking rechtens moeten worden aangemerkt als een beslissing die mede door het kind is genomen? Kan het kind na zijn geboorte van de arts vergoeding vorderen van zijn toekomstige kosten van levensonderhoud? Op grond van de redenering die het Hof Den Haag in de Kelly-zaak heeft gevolgd, zou deze vraag bevestigend moeten worden beantwoord. Wellicht zal men mij tegenwerpen dat de Kelly-zaak niet vergelijkbaar is met dit voorbeeld. Kelly is immers een ernstig gehandicapt kind, terwijl de blinde moeder een gezond kind ter wereld heeft gebracht. Ik zou als volgt willen repliceren. Heeft een arts tegenover een ongeboren (ernstig) gehandicapt kind wel de verplichting te zorgen dat de moeder een abortus kan ondergaan en tegenover een ongeboren gezond kind niet? Hoe ernstig moet de handicap van het kind zijn om deze verplichting aan te nemen? Rust op de arts een eigen rechtsplicht jegens het ongeboren kind om te beoordelen of diens leven levenswaardig is?

De variant van Sieburgh

Sieburgh meent met mij dat een kind niet het recht heeft op zijn eigen abortus of op niet-gehandicapt zijn. Naar haar oordeel moet beoordeeld worden of de overeenkomst tussen de moeder en de arts aldus valt te verstaan dat een bepaald belang van het kind onder haar beschermingsbereik valt. Zo kan uit de overeenkomst met de moeder voortvloeien dat de arts een 'op het concrete belang van het kind gerichte zorgplicht' heeft. Dit concrete belang kan zijn dat het kind niet met een ernstige handicap behoeft te leven. De vraag dringt zich op hoe de arts deze zorgplicht jegens het kind kan nakomen indien de handicap een gevolg is van een (niet herstelbare) erfelijke afwijking. De arts heeft niet de mogelijkheid te bewerkstelligen dat het kind zonder handicap kan worden geboren. Hij kan slechts bewerkstelligen dat de moeder de keuze maakt tussen de geboorte van een gehandicapt kind en niet geboren worden. Indien hij tegenover het kind de zorgplicht heeft dat dit niet met een handicap behoeft te leven, kan hij deze zorgplicht slechts nakomen door de moeder in de gelegenheid te stellen abortus te ondergaan. Aldus wordt aan het kind (indirect) een aanspraak op eigen abortus gegeven, een aanspraak die Sieburgh noch ikzelf wil erkennen.

Schade en causaal verband

Ook indien men, zoals het Hof Den Haag, aanneemt dat de fout tegenover de moeder ook een fout ten opzichte van het kind inhoudt, ligt de schadevergoedingsvordering van het kind niet zonder meer voor toewijzing gereed. Welke schade heeft het kind door de fout van de verloskundige geleden? Voor de vaststelling van de schade vergelijkt men twee situaties: de situatie waarin de benadeelde thans verkeert en de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd, indien

de fout niet zou zijn gemaakt.⁶ De schade is het nadelige verschil tussen beide. De hypothetische situatie houdt in casu in dat het kind er niet zou zijn geweest. Kan men überhaupt wel een vergelijking maken tussen niet-bestaan en leven? Wat weten wij van niet-zijn, van non-existentie? Ik meen dat het maken van een dergelijke vergelijking onmogelijk is.⁷ Verschillende schrijvers menen dat bij de vraag naar de schade niet op deze wijze geredeneerd mag worden.⁸ Volgens Nieuwenhuis volgt deze uitleg getrouw de regels van de vlakke meetkunde.⁹ Tegenover deze ijzeren logica stelt hij: *'The life of the law has not been Logic, it has been Experience* (Oliver Wendell Holmes). Recht als ervaring; ervaring hier vooral begrepen als de door de eeuwen heen ontwikkelde *sense of justice*'. Nieuwenhuis ziet geen reden om een kind zoals Kelly een andere positie te geven dan een kind dat gehandicapt geboren wordt en waarbij de handicap een gevolg is van een fout van de arts. Het verwijt dat Nieuwenhuis mij maakt, is fors: mijn gevoel voor rechtvaardigheid is onvoldoende ontwikkeld. Zo'n verwijt komt hard aan. Ik troost mij met de gedachte dat in vrijwel alle landen in de wereld de wrongful life-vordering wordt afgewezen. Nieuwenhuis heeft nog veel ontwikkelingswerk te verrichten. Ook na nadere overweging zie ik niet in waarom het gehandicapt geboren kind, wiens handicap een gevolg is van een fout van de arts, *ten opzichte van de arts* in dezelfde positie zou moeten verkeren als het gehandicapte kind wiens handicap een gevolg is van een erfelijke afwijking. Het feit dat de gehandicapte in het laatste geval geen schadevergoeding van de arts kan vorderen, betekent niet dat wij geen oog voor zijn positie moeten hebben. De gehandicapte kan aanspraak maken op solidariteit van de gemeenschap, ook op solidariteit in financiële zin. Dat geldt echter niet alleen voor de gehandicapte die door een fout van een arts 'niet beoogd' is geboren, maar voor iedere gehandicapte.

Nijmegen, juni 2004

6. Zie o.a. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, (diss.) Utrecht, 1965, nr. 11; Asser/Hartkamp 4-I (2000), nr. 415 e.v.; A.R. Bloembergen en S.D. Lindenbergh, Mon. Nieuw BW B-34, nr. 6 e.v.
7. Vgl. Mc Kay v. Essex, AHA (1982) QB 1166, (1182) 2 ALLER 771 CA; BGH 18 januari 1983, JZ 1983, 450; G. Tedeschi, *Israel Law Review* 1966, 529; Robert Kruithof, *Rechtskundig Weekblad* 1987, p. 2752 e.v.
8. Zie onder meer J.H. Nieuwenhuis, *RMThemis* 2001, p. 97-98; ibidem, *NJB* 2003, p. 1380-1382, *HNJV* 2003-2, p. 1 e.v.; E. Dirix, *Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht*, 2002, p. 208 e.v. Vgl. ook H.C.F. Schoordijk, *NTBR* 2001, p. 212 e.v.
9. *NJB* 2003, p. 1382.